

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis"

FERNANDA RODRIGUES TEIXEIRA

O DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO DO TRABALHO:
Uma análise sobre a inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista

UBERLÂNDIA/MG

2019

FERNANDA RODRIGUES TEIXEIRA

O DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO DO TRABALHO:
Uma análise sobre a inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para a conclusão do curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Márcia Leonora Orlandini.

UBERLÂNDIA/MG

2019

FERNANDA RODRIGUES TEIXEIRA

O DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO DO TRABALHO:

Uma análise sobre a inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito "Professor Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para a conclusão do curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^a. Márcia Leonora Orlandini.

Nota: _____

Aprovado em ____/____/____

BANCA ORGANIZADORA

Prof^a. Márcia Leonora Orlandini

Professor

Professor

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo a análise da inconstitucionalidade dos artigos 223-A a 223-G, inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei 13.467/2017, os quais passam a regular o dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho. A atualidade das modificações trazidas pela Reforma Trabalhista e a relevância dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, notadamente por ser tema de interesse da maioria proletária brasileira, justificam o estudo dos dispositivos supracitados. Assim, para a construção do presente trabalho foram utilizados os métodos dedutivo e dialético, partindo dos conceitos gerais de Reparação Civil por dano extrapatrimonial, sua evolução histórica e sua aplicabilidade no Direito do Trabalho, para, a partir daí, serem analisadas as controvérsias e inconstitucionalidades das normas presentes no Título II-A da CLT, provenientes da Lei 13.467/2017. Este estudo se divide em três seções, sendo a primeira destinada a introduzir uma análise conceitual acerca da responsabilidade civil; a segunda apresentando o dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho e as modificações provenientes da Reforma Trabalhista; e a terceira seção, discutindo a (in)constitucionalidade dessas alterações.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Dano Extrapatrimonial, Reforma Trabalhista; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The main concern analyzed on the current study is the unconstitutionality of the articles 223-A to 223-G of the Brazilian labor law, which regulates the extra patrimonial damage on labor law. The newest modifications of Brazilian labor law inserted by the government and the concerns brought under litigation involving the workers and the possibility of the application of the mentioned articles justifies this study. The article was built using the deductive and dialectic method combined with concepts of the civil law, starting with the historical evolution of the extra patrimonial damage and, then, approaching the controversies and unconstitutionality of the norms inserted on the second title of the Brazilian labor law, which were introduced by the federal law number 13.467/2017. The current study is divided under three sections, on the first section it's developed the introduction of the concept of civil responsibility, then, it's presented the concept of the extra patrimonial damage under the labor law view, including the modifications brought by the recent law and, on the third section the article concludes debating the constitutionality or unconstitutionality of the extra patrimonial damage insertions brought by the recent law.

Keywords: Civil Responsibility; Extra Patrimonial Damage; Labor Law; Unconstitutionality

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

a.c.	Antes de Cristo
ADI	Ação Direto de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CC	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
Ed.	Edição
Exma.	Excelentíssima
inc.	Inciso
Min.	Ministro
n. ou nº.	Número
p.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Súm.	Súmula
TST	Tribunal Superior do Trabalho
vol.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	10
1.2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.2.1 <i>No Mundo.....</i>	12
1.2.2 <i>No Brasil.....</i>	15
1.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	18
1.3.1 <i>Conduta humana.....</i>	18
1.3.2 <i>Dano.....</i>	19
1.3.3 <i>Nexo de Causalidade</i>	20
1.4 CLASSIFICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	21
1.4.1 <i>Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva</i>	22
1.4.2 <i>Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual.....</i>	23
1.4.3 <i>Responsabilidade Civil Extrapatrimonial</i>	25
2 DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO DO TRABALHO	30
2.1 DA AMPLIAÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS.....	33
2.2 DA COMPETÊNCIA	34
2.3 DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO COMUM AO DIREITO DO TRABALHO	35
2.4 DAS NOVAS DISPOSIÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.467/2017 NO QUE TANGE AO DANO EXTRAPATRIMONIAL	37
2.5 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DOS ARTIGOS 223-A A 223-G, DA CLT – ESTUDO DE CASO	39

3 DA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES PROVENIENTES DA LEI 13.467/2017 EM RELAÇÃO AO DANO EXTRAPATRIMONIAL	44
3.1 ANÁLISE DOS ARTIGOS INSERIDOS PELA LEI 13.467/2017 COM BASE NA CF/88.....	44
3.1.1 <i>Da aplicação exclusiva</i>	44
3.1.2 <i>Da Taxatividade</i>	46
3.1.3 <i>Da limitação dos titulares do direito à reparação</i>	48
3.1.4 <i>Da cumulação de indenizações</i>	49
3.1.5 <i>Da tarifação</i>	51
3.2 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5870.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

Em 11/11/2017 entrou em vigor a tão discutida e controversa Lei 13.467/2017, denominada “Reforma Trabalhista”, criando nova problematização acerca dos direitos do trabalhador. A CLT, que até então protegia ferozmente os trabalhadores passa a ter um “ar patronal”, com normas mais flexíveis e redução de direitos dos obreiros.

Entre essas modificações, se encontra a criação de capítulo específico para tratar sobre o dano extrapatrimonial, presente nos artigos 223-A a 223-G da CLT, que passaram a impor diversas balizas legais para as indenizações devidas aos trabalhadores por danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho.

Entre essas inovações legais se encontram a aplicação exclusiva da CLT, a taxatividade, a impossibilidade da cumulação de indenizações, a limitação dos titulares ao direito de reparação e, por fim, mas não menos importante, a tarifação do dano extrapatrimonial.

E, partindo dessas inovações presentes no Título II-A da CLT, o presente estudo tem como objetivo o estudo do dano extrapatrimonial e, por conseguinte, a análise da (in)constitucionalidade desses dispositivos trazidos pela Lei 13.467/2017.

Os métodos científicos adotados na presente pesquisa foram o dedutivo e dialético, partindo da análise da Responsabilidade Civil no âmbito Constitucional e no Direito Comum para, a partir daí, analisar a (in)constitucionalidade da nova forma de reparação por dano extrapatrimonial estabelecida pela Reforma Trabalhista. A abordagem do problema se deu através da pesquisa qualitativa, levando em consideração os entendimentos construídos a partir dos ditames constitucionais.

Já em relação aos procedimentos técnicos, a pesquisa foi bibliográfica e documental, envolvendo a busca de livros, monografias, teses e artigos acerca do tema, bem como a análise de jurisprudência sobre a matéria, a fim de compreender a aplicabilidade dos novos ditames trabalhistas.

Diante da atualidade do tema, o presente trabalho visa contribuir para a expansão do conhecimento sobre a nova fase vivida pela Justiça do Trabalho, a ser realizado sob um olhar crítico, de forma a contribuir para a possível declaração de inconstitucionalidade dos artigos 223-A a 223-G da CLT.

A obra foi dividida em três partes, as quais são identificadas sob os seguintes títulos: Da Responsabilidade Civil; Do Dano Extrapatrimonial no Direito do Trabalho e

Da Análise da (In)Constitucionalidade das Alterações Provenientes da Lei 13.467/2017 em Relação ao Dano Extrapatrimonial.

A primeira parte teve como intuito esclarecer o conceito doutrinário da responsabilidade civil, partindo de uma breve análise histórica acerca do tema, definindo e explicando seus requisitos (conduta humana ilícita, nexo de causalidade e dano), bem como suas principais espécies.

A segunda parte trata do dano extrapatrimonial no direito do trabalho, partindo do estudo sobre a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para julgar lides envolvendo o dano moral, decorrente da modificação da redação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988 através da Emenda Constitucional n. 45/2004, bem como a aplicação subsidiária do Direito Comum ao Direito do Trabalho, tendo em vista a inexistência de legislação específica até o advento da Lei 13.467/2017.

Também trará à baila uma breve exposição acerca do conteúdo dos artigos 223-A a 223-G da CLT e, em seguinte, será realizado um estudo de caso, com o intuito de observar como a novel legislação tem sido aplicada pelos Juízes do Trabalho.

Por conseguinte, a terceira parte tem como escopo a análise da (in)constitucionalidade dos dispositivos previstos no Título II-A da CLT, com ênfase em seu artigo 223-G, considerado por muitos como o mais controverso, por estabelecer limites para quantificação dos danos extrapatrimoniais, criando faixas de reparação segundo a natureza do dano (leve, média, grave e gravíssima) e, em cada uma delas, estabeleceu ainda limites para a indenização, atrelados ao próprio salário do ofendido.

E, por último, mas não menos importante, foi realizada uma breve exposição acerca da ADI 5.870, a qual comprova que o entendimento majoritário se encontra em consonância com o abordado no presente estudo, qual seja a inconstitucionalidade da novel legislação, especialmente o artigo 223-G da CLT.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo tem como intuito esclarecer aspectos importantes relacionados à responsabilidade civil decorrente de ato praticado por sujeito que viole direito de outrem. Inicialmente, será abordado o conceito doutrinário deste instituto e, posteriormente, partindo para uma breve análise histórica acerca de seu surgimento e aplicação. Também serão apresentados e analisados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil e o consequente dever de reparação. Por fim, serão analisadas as classificações da responsabilidade civil, em especial, a responsabilidade civil extrapatrimonial, objeto de estudo deste trabalho.

1.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O conceito de responsabilidade civil pressupõe, inicialmente, o conhecimento da noção jurídica de responsabilidade. De acordo com Paulo Nader¹, “o vocábulo responsabilidade provém do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, que significa garantir, responder por alguém, prometer. Assim, responsável é aquele que se sujeita às consequências pelo descumprimento do dever, e que deve garantir eventuais indenizações”.

Nesse passo, a responsabilidade civil é instituto do Direito Privado que atribui ao sujeito que comete ato danoso a outrem a obrigação de reparar tal dano. Conforme assegura Pablo Stolze², “a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas”.

No mesmo sentido, Paulo Nader³ explica que a responsabilidade civil refere-se à “situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado”.

Conforme demonstrado, o instituto da responsabilidade civil trata-se, sem sombra de dúvidas, da obrigação civil de indenizar daquele que viola dever jurídico

¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 33.

² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 35.

originário e, diante disso, causa danos a terceiros. É imperioso observar que, para que se verifique a responsabilidade civil, devem estar presentes três elementos: a existência de um dano, a conduta culposa do sujeito e o nexo causal entre o dano sofrido e o ato praticado.

Dessa forma, aquele que causar dano a alguém, violando sua esfera jurídica, possui o dever de reparar a lesão causada, caracterizando a responsabilidade civil. Ressalte-se que o dano deve ser observado na esfera jurídica do indivíduo, porém, isso não quer dizer que não possa também ter conteúdo religioso, social, ético, entre outros.

Venosa⁴ explicita que a responsabilidade civil busca restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado, pois um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Ou seja, a responsabilidade civil não deixa de ser um grande método de pacificação social, ao delimitar a liberdade de autonomia do sujeito até o momento em que a sua conduta não cause prejuízo à terceiro.

Ainda nesse contexto, Venosa⁵ aponta ainda a importância de que o instituto da responsabilidade civil seja abrangente, ao afirmar que “os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos”.

Assim, é notória a grande importância da responsabilidade civil dentro de um ordenamento jurídico, como forma de pacificação, equilíbrio das relações sociais e segurança jurídica, ao não permitir que aquele que praticou dano a outrem saia “íleso” da relação, ao passo que o prejudicado permaneça sem qualquer reparação ao dano sofrido. Pode-se, inclusive, afirmar que tal instituto reduz os riscos da autotutela, ou seja, a tentativa de “fazer justiça com as próprias mãos”, limitando a prática de atos que possam vir a causar prejuízos a terceiros.

Nesse sentido, Gonçalves⁶ explica:

“O tema é, pois, de grande atualidade e de enorme importância para o estudioso e para o profissional do direito. Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil* – vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 01.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil* – vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 01.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 14.

futuras, a um sujeito determinado, pois, como pondera José Antônio Nogueira, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que ‘todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada’.”

Fica evidenciada, dessa forma, a necessidade com que o Estado tenha uma postura positiva, a fim de garantir a proteção dos indivíduos que sofrem danos, até mesmo de suas condutas.

Não restam dúvidas acerca da contemporaneidade do instituto da responsabilidade civil frente à realidade jurídica atual, indispensável para regular a obrigação de reparar daquele que infringe prejuízos a outrem, ainda que de forma colateral. E, conforme será observado nos próximos capítulos, a responsabilidade civil, cada vez mais, abrange diversas áreas, inclusive nas relações trabalhistas, tema chave deste estudo.

1.2 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo abordará os principais momentos históricos que deram origem à responsabilidade civil atualmente observada. Inicialmente, a análise será realizada diante do aspecto mundial, levando-se em consideração diversos ordenamentos jurídicos. Posteriormente, a análise será restringida ao ordenamento jurídico brasileiro.

1.2.1 No Mundo

Nos primórdios da vida em comunidade, é sabido que, na grande maioria das vezes, senão em todas, os conflitos eram solucionados pela autotutela, na qual o indivíduo, na tentativa de reaver parte de seu prejuízo, acabar por “tentar fazer justiça com as próprias mãos”, de forma instintiva e violenta.

Nesse sentido, Nader⁷ ainda relata que “o revide se achava consagrado nos costumes e se fazia de acordo com a ira e na medida das forças da vítima ou de pessoa a ela ligada. (...) A justiça praticada era inteiramente privada”.

Com o passar do tempo, com a evolução da sociedade e sua organização, o Estado passou a ter como uma de suas funções assegurar a segurança e a paz de seu

⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 81.

povo, punindo aquele que infringisse as regras. Tem-se como marco inicial da responsabilidade civil a Lei de Talião, historicamente considerada como o primeiro critério de ressarcimento de danos, que não se apoiava na Moral Natural.

O Código de Hamurabi (2000 a. C.) instituiu um modelo simétrico para a reparação de danos, no sentido de que aquele que sofreu o prejuízo poderia aplicar o mesmo prejuízo no causador. Diante dos critérios questionáveis da Lei de Talião, a fórmula adotada por este regramento evoluiu para a fase denominada composição, considerada mais racional. Nessa fase, passou a ser ajustada a reparação do dano pelo pagamento in natura ou em pecúnia considerado justo pelo lesado e, assim, o litígio era considerado encerrado.

Seguindo à composição, até então unilateral, surgiu-se a composição tarifada, que independia da vontade das partes, pois a reparação para cada tipo de infração já se encontrava prevista em lei. Neste sentido, Nader⁸ relata em sua obra que o doutrinador, Pontes de Miranda indica esta evolução, nos seguintes dizeres: “À medida que os círculos sociais se consolidam (tribos, nações de tribos, cidades, Estados), as composições voluntárias são substituídas pelas composições legais. O interesse do ofendido passa a ser menos relevante que o da coletividade”.

Mais adiante, foi criada a *Lex Aquilia*, que, segundo Gonçalves⁹, é onde se “esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. (...) Era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana’.

Referida Lei, em seu terceiro capítulo, estipula a possibilidade de ações aos cidadãos romanos quando causadas lesões em escravos, animais e objetos. Observe-se que, ainda que inicialmente tal lei apenas fosse aplicada aos romanos, posteriormente esta passou a ser utilizada também quando os danos fossem causados por estrangeiros.

Imperioso salientar o quão semelhantes eram os requisitos para caracterização do dano passível de reparação na *Lex Aquilia* e na responsabilidade civil vista atualmente. Eram necessários três requisitos, conjuntamente: a conduta contrária à ordem jurídica, a culpa (em seu *lato sensu*) e o dano.

Já na era da codificação, iniciada com o *Code Napoléon*, passou-se a uma desvinculação da tradição romana, esta fortemente empirista. Nesse momento histórico,

⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 83.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 18/19.

foi atribuída maior amplitude à responsabilidade civil, adotando-se método mais racional, partindo de premissas mais genéricas e abstratas. Vejamos o artigo 1.382 deste Código:

“Art. 1.382. *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*”¹⁰ (Todo ato, qualquer que seja, de homem que causa dano a outrem obriga aquele por culpa do qual ele veio a acontecer repará-lo – tradução livre)

Gonçalves¹¹ explica em sua obra que o Direito francês estabeleceu princípios, que exerceram sensível influência em outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil da responsabilidade penal e, ainda, a existência da culpa contratual.

O *Code Napoléon* também apresenta diferenciação acerca do que chama de delito e quase delito, sendo o primeiro caracterizado a partir do dolo, e o segundo caracterizado pela negligência ou imprudência. Porém, observe-se que tanto o delito como o quase delito gera a obrigação de reparar, desde que exista o dano.

Posteriormente, diante da industrialização e consequente modificação da sociedade e suas necessidades, foi construída a teoria da presunção absoluta de culpa, na qual a vítima não tem a obrigação de provar a culpa do agente que causou o dano.

Já em 1896, na Alemanha, entrou em vigor o Código Civil Alemão, que finalmente adotou a noção de ato ilícito, conhecida por nós atualmente. Nesse Código, foram previstos dois modos de reparação de danos: o retorno ao status quo ante e a indenização em pecúnia. No entanto, para o dano moral, somente era possível a reparação em pecúnia, restringidas aos casos de lesões corporais, ofensas à saúde e a provação de liberdade.

Outro ponto importante na evolução da responsabilidade civil ocorreu nos Estados Unidos da América, em 1965, quando foi reconhecido o direito à privacidade, e consequentemente, garantido direitos referentes à personalidade.

¹⁰ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*, 3. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. Livro digital não paginado.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 19.

1.2.2 No Brasil

No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que, antes da criação do Código de 1916, não existia um “Direito civil brasileiro” propriamente dito, mas tão somente um aglomerado de normas insuficientes para reger todas as disciplinas jurídicas. Assim, o jurista brasileiro era obrigado a recorrer ao Direito Romano e ao Canônico, bem como os costumes, como fontes subsidiárias.

Nessa época, a responsabilidade civil era regulada no Brasil de forma semelhante àquela prevista no Code Napoléon, no sentido de que aquele que causa dano à alguém, mediante dolo ou culpa, deve responder pelos danos causados. E, caso o dano fosse causado por mais de um indivíduo, cada qual responderia por todos e todos por um.

Observe-se que, no ano de 1857, Augusto Teixeira de Freitas redigiu a Consolidação das Leis Civis, na qual basicamente propôs a reparação civil proveniente de crime. De acordo com o artigo 800 desta Consolidação, a reparação deveria ser o mais completa possível, contando com árbitros para a mensuração do dano.

Nader¹² explica em sua obra que, o esboço de Teixeira de Freitas cria três terminologias, no seguinte sentido: quando o ilícito civil fosse também penal, o *nomen iuris* seria *crime* ou *delito*; quando apenas ilícito civil, o *nomen iuris* seria *ofensa*; por fim, quando considerada a responsabilidade negocial ou contratual se falaria de *faltas*. E, para a ocorrência do delito, ofensa ou falta, Teixeira de Freitas determina ser necessária a presença de dois requisitos, sendo esses o dano e a culpa.

Quanto ao dano, este era definido como qualquer prejuízo suscetível de avaliação em dinheiro, abrangendo, inclusive, o que atualmente denominamos de lucro cessante. Já quanto à culpa, esta compreenderia a conduta dolosa, negligente ou imprudente.

Com a criação do Código Civil de 1916, os requisitos para a consideração da responsabilidade civil obtiveram melhor descrição, sendo considerada a conduta por ação ou omissão; o prejuízo ou violação de direito; o dolo, imprudência ou negligência do agente. Não suficiente, excluiu da obrigação de reparar aqueles que agem em legítima defesa ou no exercício regular de direito, bem como a conduta que tenha como finalidade remover perigo iminente. Porém, o Código Civil de 1916 ainda deixou de

¹² NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 89.

legislar acerca de matéria de grande importância no campo da responsabilidade civil, tal como a possibilidade ou não de cumulação dos danos morais e materiais.

O Projeto do Código das Obrigações, de 1965, teve como intuito corrigir imperfeições presente no Código Civil de 1916, e assim o fez, ao consagrar a teoria subjetiva (ligada à culpa do agente), bem como definir a possibilidade da existência de responsabilidade sem culpa nos casos expressamente definidos em lei. O Projeto ainda dispôs acerca da responsabilidade de menores relativamente incapazes e os absolutamente incapazes em geral, definindo em quais casos esses indivíduos responderiam com seus bens pelos prejuízos causados.

Tratou também de outros institutos relacionados, tais como a responsabilidade do credor que pleiteia o adimplemento de dívida a vencer ou já paga, no todo ou em parte; a responsabilidade por fato de outrem e a independente de culpa; e a liquidação das obrigações.

Atualmente, a responsabilidade civil no ornamento jurídico brasileiro é regida pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 186, 187 e 927, e, tal qual foi feito no Código Civil de 1916, apresentou regimento com estrutura ampla, abstrata e geral. O Código Civil adotou a teoria subjetiva, inovando ao estender a responsabilidade não só para os danos materiais, como para os morais. Vejamos o artigo 186 do Código supracitado, *in verbis*:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O Códex inovou ainda ao prever, de forma explícita, que o abuso de direito se configura como espécie de ato ilícito, em seu artigo 187:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Acompanhando as mudanças sociais, provenientes principalmente da revolução industrial, o Código Civil de 2002 também estabeleceu regramento acerca do *animus* do agente, através do artigo 927, abaixo transcrito, adotando, nesse passo, a teoria do risco criado.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Observe-se que, ao adotar a teoria do risco criado, o Código Civil de 2002 passou a entender, em alguns casos, pela existência de responsabilidade sob o aspecto objetivo, independentemente da existência de culpa do agente. Isso, pois, considera-se que o agente, ao oferecer atividade perigosa, assume o risco e, dessa forma, se vê obrigado a ressarcir os danos que porventura possam ocorrer.

E, quanto a essa teoria, Gonçalves¹³ exemplifica, em sua obra, o caso de um operário, vítima de acidente do trabalho, que terá direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. Ou seja, o empregador terá de pagar a indenização unicamente pelo fato de ser o dono dos instrumentos de trabalho que provocaram o acidente.

Podemos perceber, diante do exposto, que a evolução histórica da responsabilidade civil se dá de acordo com as modificações das necessidades da sociedade, sem, contudo, modificar seu principal fundamento, qual seja, o de “não lesar outrem”.

Quanto ao assunto, Nader¹⁴ explica:

“As transformações legislativas ou jurisprudenciais por que o instituto vem passando decorrem de uma prudente tentativa de conciliação de dois valores fundamentais: justiça e segurança jurídica. (...) É verdade que o foco atual da responsabilidade civil está centrado na vítima, visando a salvaguardá-la de qualquer dano, mas a imputação de responsabilidade deve seguir critérios seguros, a fim de não se perpetrarem injustiças quando o objetivo é justamente o *suum cuique tribuere*.”

E, seguindo o mesmo entendimento, Alvino Lima¹⁵ ensina:

“as necessidades econômicas e sociais da vida moderna intensa obrigam o legislador a abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.21.

¹⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 93.

¹⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.

Ambas, porém, continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados.”

Observa-se, portanto, que o Brasil, assim como as demais partes do mundo, tem constantemente evoluído seu entendimento acerca da responsabilidade civil, passando a garantir que diversos danos sejam reparados, danos esses que, nos primórdios da responsabilidade civil, passariam impunes. Exemplo disso é a responsabilidade objetiva, que garante a reparação do dano independentemente da existência de dono ou culpa na conduta do agente.

1.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os elementos da responsabilidade civil são elencados no artigo 186 do Código Civil de 2002, sendo esses: a conduta humana (positiva ou negativa); o dano ou prejuízo; e o nexo de causalidade.

Observe-se que a presença de todos os requisitos supracitados mostra-se essencial para a caracterização da responsabilidade civil, exceto nos casos de responsabilidade objetiva, na qual não há necessidade de se demonstrar a culpa para que ocorra o dever de indenizar.

Assim, diante da importância de que se compreendam os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, passa-se a uma análise pormenorizada desses.

1.3.1 Conduta humana

Nos termos no artigo 186 do Código Civil de 2002, a figura caracterizadora da responsabilidade civil é denominada ato ilícito e este deriva de um ato voluntário de um indivíduo, praticado tanto pela ação como pela omissão, que viola a lei ou ato negocial e gera lesão a outrem. Em relação ao tema, Venosa¹⁶ define que o ato ilícito vem de um comportamento voluntário que transgride o ordenamento jurídico.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil* – vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

A conduta pode ser praticada por pessoa física ou jurídica, sendo que, em casos específicos determinados por lei, a pessoa jurídica pode ser desconsiderada, estendendo-se a responsabilidade civil aos sócios.

E, conforme dito anteriormente, a conduta do agente pode ser comissiva ou omissiva. A conduta comissiva é aquela em que o agente pratica certa ação, ainda que vedada em lei ou ato negocial. Já a conduta omissiva é aquela em que o agente não pratica certa ação, ainda que imposta em lei ou ato negocial.

Conforme explica Nader¹⁷, “em cada ilícito há sempre um ato ou uma omissão de pessoa física ou jurídica responsável, ainda que não tenha praticado diretamente o dano”. Observe-se ainda que a conduta praticada pelo agente pode ou não estar eivada de culpa. E, nesse sentido, a responsabilidade pode ser considerada como objetiva ou subjetiva, a depender da necessidade da presença dos elementos de culpa.

Por fim, vale salientar que o dever de reparação pode se dar não somente àquele que praticou a conduta, mas também àqueles que são responsáveis pelo agente que a praticou. E, em relação a esse último caso, Nader¹⁸ conceitua em sua obra o que seriam a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, da seguinte forma:

“Na culpa *in vigilando*, o agente, investido do dever de manter sob controle a conduta de alguém, se descuidar, não impedindo a danificação de direitos alheios. Na culpa *in eligendo*, a responsabilidade deriva da má escolha de quem desenvolve atividade de interesse do agente e sob o comando deste. Como se vê, nas culpas *in vigilando* e *in eligendo* o responsável mantém relação jurídica com o causador do prejuízo a terceiro.”

Em resumo, para a caracterização do ato ilícito deve existir um ato voluntário, via de regra praticado com culpa ou dolo pelo causador do dano, com exceção dos casos de responsabilidade objetiva.

1.3.2 Dano

O dano é requisito essencial para a configuração do ato ilícito, e significa lesão de natureza patrimonial ou moral.

Observe-se que o dano é requisito necessário para a caracterização da responsabilidade civil, e sem esse não se pode falar na reparação. Em outras palavras,

¹⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 100.

¹⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 101.

não sendo comprovado o prejuízo causado, o agente não pode ser condenado à obrigação de indenizar. Nesse sentido, inclusive, Gagliano e Pamplona Filho¹⁹ explicitam ser “indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil”.

Em outras palavras, é de suma importância a comprovação do dano, definido o seu tipo (moral ou material) e sua extensão. E, quanto ao tema, Cavalieri Filho²⁰ dispõe que:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado, etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que sem o dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.”

O ordenamento jurídico não impõe distinções quanto aos danos de pequeno e grande importe, sendo qualquer dano passível de reparação desde que não amparado pela lei e viole o direito subjetivo de outrem. E, ainda, para que o dano seja passível de reparação, este deve ser certo e não eventual ou hipotético.

Os danos podem ser definidos como diretos ou indiretos. Diretos são aqueles diretamente ligados à ação ou omissão do agente. Já os danos indiretos são aqueles decorrentes do chamado “efeito cascata”, ou seja, um dano sofrido em decorrência de um dano anterior.

Em suma, resta claro que, para a configuração da responsabilidade civil, deve estar presente o dano, podendo ser observado nas suas mais variadas formas, como acima demonstrado.

1.3.3 Nexos de Causalidade

Tão importante quanto a conduta e o dano para a caracterização da responsabilidade civil, encontra-se também o nexo de causalidade, ou seja, a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano causado.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – volume 3: responsabilidade civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil* – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 76/77.

Nas palavras de Venosa²¹, o nexo de causalidade é “o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano.”.

Sem que seja estabelecido esse liame entre a conduta do agente e o dano não há como se verificar a existência da responsabilidade civil e, conseqüentemente, não há que se falar na obrigação de reparar, até mesmo porque a caracterização dessa obrigação sem a análise do nexo de causalidade causaria completa insegurança jurídica.

Assim, pode-se concluir que a causalidade possui natureza objetiva, determinando se a conduta foi determinante para a ocorrência do dano e, caso não tenha ligação entre essas, não haverá a responsabilidade civil. E, quanto ao tema, Cavalieri Filho²² explica:

“Quando o resultado decorre de um fato simples, a questão não oferece menor dificuldade, porquanto a relação de causalidade é estabelecida de maneira direta entre o fato e o dano. O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado.”

Mostra-se correto o ordenamento jurídico brasileiro ao determinar a obrigação de reparar apenas quando demonstrado o nexo de causalidade. Seria no mínimo injusto imputar a um indivíduo a obrigação de reparar uma lesão que não teria sido causada pela sua conduta.

A criteriosa análise do nexo de causalidade, bem como dos demais pressupostos da responsabilidade civil é forma de garantir que a obrigação de reparar seja imputada ao agente correto, na medida de sua culpa, bem como garante que o agente lesionado tenha a correta reparação de sua lesão, da medida de sua extensão.

1.4 CLASSIFICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, atualmente, é seccionada em diversas classificações, sem, contudo, partirem de preceitos diferentes. Em outras palavras, referido instituto se mostra incindível, porém, diante do surgimento de novas condições fáticas e,

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil* – vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 53.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil* – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

consequentemente, novas teorias acerca do assunto, a responsabilidade civil passou a ser dividida de acordo com suas principais características.

Nos próximos tópicos serão apresentadas as principais classificações acerca do tema, quais sejam: a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, a responsabilidade civil contratual e extracontratual e a responsabilidade extrapatrimonial, essa última de suma importância para o tema central do presente trabalho.

1.4.1 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

Conforme abordado nos itens anteriores, por via de regra, aquele que causa prejuízos a alguém deve ser obrigado a repará-los. Porém, a conduta desse agente que transgrediu a ordem jurídica pode ser evitada de culpa (*lato sensu*) ou não. E a partir daí surgem as classificações denominadas “subjetiva” e “objetiva”.

A teoria subjetiva determina ser necessária a existência de três elementos para a caracterização da responsabilidade civil: conduta culposa (culpa em seu *lato sensu*), nexo de causalidade e o dano. Para Tartuce²³, a culpa genérica compreende o dolo (o agente tem consciência dos resultados de sua conduta, podendo ter a intenção de causar o dano) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência, imperícia).

Já a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, considera desnecessária a existência de culpa (*lato sensu*) para a caracterização da responsabilidade civil. Assim, a caracterização da responsabilidade civil objetiva prescinde do elemento culpa, sendo aplicável nos casos expressamente especificados em lei, bem como àquele que adota mecanismo perigoso, que possa causar riscos a outrem. Vale salientar que, nesse último caso, deve-se analisar o caso concreto para a constatação da atividade de risco.

Segundo Caio Mário²⁴:

“na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do ônus

²³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único* / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 413.

²⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 265-266.

probandi. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposos do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provas o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional. Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma ideia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima”.

O Código Civil brasileiro adotou como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, tal como pode se observar de seu artigo 186, o qual determina ser necessária a culpa do agente para a caracterização do dever de indenizar.

Porém, conforme observa Tepedino²⁵, a teoria objetiva também foi agregada ao ordenamento jurídico brasileiro quando “percebeu-se a insuficiência, da técnica subjetivista, também chamada aquiliana, para atender a todas as hipóteses em que os danos deveriam ser reparados”.

A responsabilidade civil objetiva pode é evidenciada, de forma genérica, no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Mais específicos, se encontram os regramentos acerca da responsabilidade por fatos de animais; por objetos caídos ou lançados de prédio em lugar indevido; do empregador pelos atos de seus empregados e prepostos, quando do exercício da função, entre outros casos.

Assim, em apertada síntese, pode-se dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, é aplicável tanto a responsabilidade subjetiva, na qual é necessária a existência de culpa, quanto a responsabilidade objetiva, que prescinde do elemento culpa, sendo essa última considerada exceção à regra.

1.4.2 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil também pode ser classificada levando-se em consideração a natureza da norma jurídica infringida pela conduta do agente. Surge-se, assim, a responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Responsabilidade civil contratual é aquela proveniente do descumprimento de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Em outras palavras, a responsabilidade civil

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil* / Gustavo Tepedino. – 1. ed. –Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 175.

contratual é observada quando o descumprimento de uma obrigação contratual gera prejuízo a outrem.

Três são os elementos que diferem a responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo eles a relação jurídica entre autor do dano e a vítima; o ônus da prova quanto à culpa do agente e a restrição acerca da capacidade jurídica.

Conforme dito anteriormente, a responsabilidade civil contratual tem como pressuposto a existência de um contrato, vinculando as partes ao cumprimento de determinadas obrigações, sendo prevista no artigo 389 do Código Civil²⁶, o qual determina ser devido o pagamento de perdas e danos por aquele que não cumprir suas obrigações.

Já a responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, é aquela que não deriva de contrato, sendo aplicável o disposto no artigo 186 do Código Civil. Assim, todo aquele que causa dano a outrem, através de conduta dolosa ou culposa, tem a obrigação de repará-lo.

Sobre o tema, Gonçalves²⁷ explica:

“Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quanto este pratica o ato ilícito.”

Em relação ao ônus da prova, no caso de responsabilidade civil contratual, o credor só precisa demonstrar que a prestação foi descumprida, incumbindo ao devedor o ônus da prova, devendo provar a presença de qualquer excludente do dever de indenizar (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior).

Por outro lado, no caso da responsabilidade extracontratual, o *onus probandi* é da vítima, que deverá provar que o fato se deu por culpa do agente, com exceção dos casos de responsabilidade objetiva, estudados no tópico anterior.

Sobre o tema, Cavalieri Filho²⁸ leciona que:

²⁶ Código Civil de 2002, Art. 389. “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 198.

“essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada.”

Por fim, em relação ao elemento da capacidade, é possível observar que a essa sofre limitações quando se trata da responsabilidade civil contratual. Isso, pois, nos termos dos artigos 104, I, e 166, I, ambos do Código Civil²⁹, o contrato apenas poderá ser celebrado por agentes plenamente capazes, sob pena de não produzir efeitos indenizatórios. As únicas exceções à regra decorrem do artigo 180 do Código Civil³⁰, o qual determina que o menor entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos apenas poderá se vincular contratualmente caso seja assistido por seu representante legal, salvo se ocultar sua real idade à outra parte, declarando ser maior.

Enquanto isso, ao contrário do que ocorre na responsabilidade contratual, a responsabilidade extracontratual pode decorrer do ato de um incapaz, nos termos do artigo 928 do Código Civil³¹.

Vale salientar ainda que, no caso da responsabilidade civil extracontratual, o dever de reparação será, inicialmente, do legalmente responsável pelo incapaz. Porém, se este não dispuser de meios suficientes, o próprio incapaz responderá pelos prejuízos que causar.

Assim, o presente tópico pôde esclarecer as distinções entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, salientando-se que, conforme demonstrado acima, essas diferenças vão além do fato de que uma decorre de um contrato e a outra de previsão em lei.

1.4.3 Responsabilidade Civil Extrapatrimonial

Tal como quaisquer das outras classificações de responsabilidade civil, a extrapatrimonial também necessita dos mesmos requisitos para a sua existência, quais

²⁹ Código Civil de 2002, Art. 104. “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz;”.

Código Civil de 2002, Art. 166. “É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;”.

³⁰ Código Civil de 2002, Art. 180. “O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.”.

³¹ Código Civil de 2002, Art. 928. “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.”.

sejam: o ato, o nexo de causalidade e o dano. Porém, o que diferencia a responsabilidade civil extrapatrimonial das demais, como o próprio nome já diz, é a espécie de dano causado, no caso, o dano extrapatrimonial. Assim, o presente tópico terá como objetivo principal esclarecer o que é o dano extrapatrimonial, passível de reparação civil.

Há certa polêmica acerca da nomenclatura utilizada para se referir ao dano extrapatrimonial. Na maioria das vezes, esse dano pode ser denominado também como dano moral, sem que se imponha qualquer distinção entre os termos. No entanto, há alguns autores que entendem que dano extrapatrimonial seria o gênero, do qual o dano moral é apenas uma espécie.

Neste sentido, para melhor compreensão do exposto, no presente trabalho o dano extrapatrimonial e o dano moral serão tratados como sinônimos. O dano moral é previsto constitucionalmente, no artigo 5º, incisos V e X, da Carta Maior, confira-se:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Imperioso salientar que a maioria dos autores entende que o rol previsto na Constituição Federal de 1988 é apenas exemplificativo e, nesse passo, o entendimento atual acerca do conceito de dano moral, tal como explica Batista³², é o de que “seriam danos morais, assim, quaisquer lesões à pessoa, à dignidade humana e a direitos da personalidade”.

Já Cavalieri Filho³³ apresenta teoria na qual tenta abarcar o dano moral previsto constitucionalmente e aquele proveniente da conceituação atual, dividindo-os em

³² BATISTA, Francisco Diego Moreira. *Crítérios para Fixação dos Danos Extrapatrimoniais*. Revista de Direito, Universidade Federal de Viçosa, v. 6, n. 1, p. 152, março de 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/56/23>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil* – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 92.

“sentido estrito” e “sentido amplo”. Assim, o dano moral em sentido estrito seria aquele ocorrido quando violados os direitos previstos nos incisos V e X, do artigo 5º, da Lei Magna. Já o dano moral em sentido amplo engloba ainda outros aspectos da pessoa humana em suas dimensões individual e social, mesmo que sua dignidade humana não seja lesada.

Porém, autores como Carlos Roberto Gonçalves explicitam o perigo que a interpretação ampla do dano moral pode causar, sendo necessário que se evite abusos e excessos, até mesmo porque meros dissabores ou aborrecimentos não podem ser considerados como passíveis de reparação, eis que se tratam de situações comuns do nosso dia-a-dia, incapazes de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Inclusive, nesse sentido se encontra a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, ao entender que percalços da vida comum não são capazes de ensejar o direito à indenização por dano moral.³⁴

Em síntese, ainda que com cautela, deve-se entender o dano moral como consequência da violação aos direitos de personalidade, conceituados por Cavalieri Filho³⁵ como “direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana”.

E, diante dos inúmeros tipos de dano extrapatrimonial, passaremos à análise dos seus principais tipos, quais sejam: o dano moral (em sentido estrito), o dano estético e o dano existencial. O dano moral, como espécie de dano extrapatrimonial, é todo aquele que lesione quaisquer dos direitos de personalidade. Reis³⁶ conceitua o dano moral da seguinte forma:

“Atualmente, tem-se por dano moral a lesão de direitos da personalidade todo e qualquer atributo que individualize cada pessoa, independentemente do prejuízo material causado. O dano é ainda

³⁴ Nesse sentido: STJ, REsp 750.735-RJ 2005/0080712-3, Relator: Ministro. Aldir Passarinho Júnior, Data de Julgamento: 04/06/2009, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/08/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062015/recurso-especial-resp-750735-rj-2005-0080712-3-stj/relatorio-e-voto-12199080?ref=juris-tabs>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil* – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

³⁶ REIS, S. P. *Dignidade Humana e Danos Extrapatrimoniais*. 2008. 112p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 78. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12271/12271_1.PDF>. Acesso em 20 de maio de 2019.

considerado moral, quando deste repercutem sentimentos negativos no âmbito sociocultural no qual o sujeito está inserido.”

Em sentido mais estrito, Cavalieri Filho³⁷ entende como dano moral toda violação à dignidade da pessoa humana, direito esse previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, considerado pelo jurista como a essência de todos os direitos personalíssimos.

Saliente-se que, ainda que a lesão ao direito provoque dor no âmago do indivíduo, a dor psíquica não é requisito essencial para a configuração do dano moral. Inclusive, nesse sentido se encontra o enunciado n. 445 da V Jornada de Direito Civil³⁸, “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.”.

Por fim, necessário se faz observar que o dano moral pode se dar para além da esfera individual, sendo possível, portanto, que uma pessoa jurídica sofra dano moral.

Em relação ao dano estético, esse pode ser entendido como uma ofensa ao corpo da vítima, visível ou não por terceiros, que agrida sua autoestima ou atinja sua integridade física. Nesse sentido, Melo³⁹ descreve o dano estético como “uma alteração corporal interna ou externa que causa desgosto ou repulsa à vítima, como também à pessoa que a observa”.

Esclareça-se que, para a caracterização do dano estético, serão observados os aspectos pessoais da vítima, tal como explicita Reis⁴⁰:

“Para um lutador de boxe, uma cicatriz em sua face ou outro local de menor destaque, não será considerado dano estético, e muito menos consequência para dano moral. Pelo contrário, irá engrandecer sua fama e marcar sua profissão. Já na vida de uma modelo, tal cicatriz irá não somente prejudicar sua vida profissional como fatalmente gerar lhe um dano moral (dependendo da causa do dano), como também um dano psíquico de grande intensidade.”

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil* – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

³⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil - Enunciado nº 445. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

³⁹ MELO, Raimundo Simão. *Ações indenizatórias na Justiça do Trabalho: Teoria e Prática*. São Paulo: LTr, 2011, p. 192.

⁴⁰ REIS, S. P. *Dignidade Humana e Danos Extrapatrimoniais*. 2008. 112p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 67. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12271/12271_1.PDF>. Acesso em 21 de maio de 2019.

Assim, resta evidente que a existência ou não do dano estético dependerá de cada caso concreto, analisado conjuntamente à realidade da vítima.

Finalmente, o dano existencial trata-se de classificação recente na doutrina brasileira e por muitos juristas ainda não foi admitida. É definido como uma lesão que infrinja o direito à liberdade do indivíduo, causando prejuízos à qualidade de vida do sujeito, modificando de forma negativa o seu modo de vida, sua relação social com os demais, ainda que temporariamente.

Conforme explicita Oliveira⁴¹:

“Observa-se que o dano existencial se caracteriza pela privação injusta do indivíduo de realizar projetos que normalmente faria, como praticar esportes; praticar exercícios físicos, dedicar-se aos estudos; manter uma vida em família; ter uma vida sexual ativa. (...) Para aferição do dano é necessário pautar-se no princípio da razoabilidade e proporcionalidade.”

Vale ressaltar que as novas classificações concernentes ao dano extrapatrimonial nada mais são do que reflexos dos anseios da sociedade atual no ordenamento jurídico. E todas as classificações anteriormente apresentadas são efetivamente aplicadas no Direito do Trabalho, diante das inúmeras situações vividas por empregados e empregadores numa relação de trabalho.

⁴¹ OLIVEIRA, Leiliane Soares de. *O dano existencial nas relações de trabalho*. 2015. 68p. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal de Rondônia – Campus de Coacol, Rondônia, 2015, p. 18.

2 DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO DO TRABALHO

Após os estudos da base da responsabilidade civil, em especial a extrapatrimonial, passa-se, no presente capítulo, a uma análise aprofundada acerca do dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho. E, como dito no tópico anterior, os danos morais, estéticos e existenciais, provenientes da doutrina civilista, são cada vez mais observados na seara trabalhista, conforme será adiante exemplificado.

O dano moral é usualmente visto na Justiça do Trabalho através do assédio moral, caracterizado por Bomfim Cassar⁴² como “condutas abusivas praticadas pelo empregador direta ou indiretamente, sob o plano vertical ou horizontal, ao empregado, que aferem seu estado psicológico”.

No mesmo sentido, Resende⁴³ define o assédio moral como “a prática de perseguição insistente (constante) a um empregado ou um grupo deles, com vistas à humilhação, constrangimento e isolamento do grupo, prática esta que provoca danos à saúde física e psicológica do trabalhador, ferindo sua dignidade”.

O aresto abaixo colacionado, proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, elucida muito bem o assédio moral no âmbito do Direito do Trabalho. Veja-se:

ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. O assédio moral no ambiente de trabalho caracteriza-se, genericamente, pela prática sistemática e reiterada de atos hostis e abusivos por parte do empregador, ou de preposto seu, em face de um determinado trabalhador, com o objetivo específico de atingir sua integridade e dignidade física e/ou psicológica, degradando as condições de trabalho, de molde a comprometer o desenvolvimento da atividade laboral. Hipótese em que restou configurado o assédio moral.⁴⁴ (Grifos e destaques ausentes no original)

Já o dano estético, é comumente observado na seara trabalhista quando da ocorrência de acidentes de trabalho, os quais, por vezes, podem deixar marcas físicas no obreiro.

⁴² CASSAR, Volia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 912.

⁴³ RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 4º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 428.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário n. 00006122320175100103. Relator: DAMASCENO, André Rodrigues Pereira da Veiga. Data de Julgamento: 07/03/2019, Data de Publicação: 14/03/2019. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692198457/recurso-ordinario-ro-6122320175100103-df/inteiro-teor-692198477?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25 de maio de 2019.

Quanto ao tema, Resende⁴⁵ explica:

“Por fim, se a lesão acidentária causa dano estético, assim considerada a lesão que compromete a harmonia física da vítima, em relação ao padrão médio da sociedade, também deve ser indenizada, podendo inclusive haver cumulação com a indenização por danos materiais e por danos morais.

Mencione-se como exemplo a seguinte hipótese: empregado sofre acidente de trabalho e perde um braço. Recebe indenização por danos materiais (custo do tratamento, redução da capacidade laboral etc.), por danos morais (pela dor moral de passar pelo problema e de ver reduzida sua capacidade laboral de forma definitiva) e ainda por danos estéticos (pela alteração de sua apresentação estética, de forma que o mesmo torne-se diferente do padrão normal da apresentação física humana).”

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho se encontra em consonância o entendimento acima esposado:

INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS. ACIDENTE DE TRABALHO. PERDA PARCIAL DO DEDO INDICADOR DIREITO. VALOR DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), ARBITRADO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, MAJORADO PARA R\$20.000,00 (VINTE MIL REAIS). **Cabe ressaltar que esta Corte vem se posicionando no sentido de que o dano estético é independente do dano moral, podendo haver cumulação de indenização entre os referidos danos.** O mesmo fato - acidente de trabalho/doença profissional - pode acarretar, além da indenização por dano moral, o dano estético, pelo sofrimento consubstanciado na alteração da harmonia física da vítima. Assim, a dor intrínseca e o abalo psicológico são indenizáveis a título de dano moral, **e os reflexos visíveis no corpo da vítima devem ser indenizados a título de danos estéticos. No caso, o Regional consignou que o acidente acarretou em amputação parcial do dedo indicador direito e que o dano estético consistiu de lesão externa e visível, com deformidade física permanente, segundo fotos anexadas à perícia.** Dessa forma, verifica-se que o valor da indenização por danos estéticos em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) encontra-se aquém do dano físico permanente sofrido pelo reclamante, motivo pelo qual se eleva o quantum indenizatório em R\$20.000,00 (vinte mil reais). Recurso de revista conhecido e provido.⁴⁶ (Grifos e destaques ausentes no original)

⁴⁵ RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 4º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 427.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 241185720145240066. Relator: PIMENTA, José Roberto Freire. Data de Julgamento: 14/10/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/247153079/arr-241185720145240066?ref=serp>>. Acesso em 25 de maio de 2019.

Por último, mas não menos importante, o dano existencial, que, conforme já abordado nos tópicos anteriores, decorre da violação ao direito de liberdade do indivíduo, que vê seu direito de ir e vir restringido diante de situações provocadas por outra parte.

No âmbito do Direito do Trabalho, Alvarenga e Boucinhas Filho⁴⁷ definem o dano existencial com os seguintes dizeres:

“O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. [...] No âmbito das relações de trabalho, verifica-se que a existência de dano existencial quando empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos *profissional, social e pessoal*. [...] Outra forma inquestionável de dano existencial consiste em submeter determinado trabalhador à condição degradante ou análoga à de escravo”.

O dano existencial, apesar de recente, já possui aplicações no âmbito da Justiça do Trabalho. É o que se observa através do aresto abaixo transcrito, proveniente do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. **DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA E CONTÍNUA DE HORAS EXTRAS. PREJUÍZO CONFIGURADO.** 1) A imposição de jornada excessiva ao empregado, por si só, não implica ato ilícito apto a ensejar o pagamento de indenização a título de dano existencial, especialmente quando não comprovado, pelo empregado, prejuízo efetivo. 2) **Na hipótese, o Tribunal Regional, valorando o conjunto fático-probatório, concluiu ter sido demonstrado que a jornada cumprida pelo reclamante o privou de "projetos pessoais e de manter relações pessoais, familiares e sociais, representando afronta aos direitos fundamentais do colaborador" . Registrou que "o autor trabalhava todos os dias por mais de 13 h, com pausas intrajornada de 45 min e apenas duas folgas mensais, durante todo o curso do contrato, que perdurou de 01.08.2010 a**

⁴⁷ ALVARENGA, R. Z. de; BOUCINHAS FILHO, J. C. *O dano existencial e o direito do trabalho*. Revista TST, Brasília, vol. 79, abril/junho de 2013, p. 243/244.

16.04.2016". 3) Nesse contexto, considerando o quadro fático registrado pela Corte de origem, insuscetível de reexame nesta fase recursal, de natureza extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST, **constata-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, segundo a qual , a submissão do trabalhador à jornada exaustiva habitual, quando demonstrado o efetivo prejuízo do empregado, como evidenciado na hipótese, implica lesão a direito de personalidade e, portanto, dano moral, na modalidade de dano existencial, a ensejar indenização, nos termos dos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal e 186 do Código Civil**. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece.⁴⁸ (Grifos e destaques ausentes no original)

Conforme demonstrado, a aplicação do dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho é cada vez mais recorrente.

2.1 DA AMPLIAÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS

É certo que, desde os primórdios das relações de trabalho, essas puderam presenciar diversos conflitos, muitas vezes de cunho extrapatrimonial. Porém, a essa época, os trabalhadores eram vistos como inferiores e não enxergavam seu direito de reclamar direitos.

Com o desenvolvimento da sociedade, essa realidade passou a se modificar, dando aso à criação de uma área jurídica especializada na análise das relações trabalhistas.

E foi nesse contexto que surgiu a Consolidação das Leis do Trabalho, sancionada pelo então presidente, Getúlio Vargas, em 1943. Imperioso observar que a CLT é de cunho notadamente paternalista, na tentativa de proteger aquele mais vulnerável nas relações de emprego – o trabalhador.

A Constituição Federal de 1988 também seguiu nessa linha protetiva, estabelecendo diversas regras relacionadas ao Direito do Trabalho. Cite-se como exemplo o artigo 7º da Carta Magna, totalmente voltado aos direitos dos trabalhadores.

Diante da maior normatização acerca dos direitos trabalhistas, bem como da expansão das vias de obtenção de informações (rádio, televisão, internet, etc.), o trabalhador viu que, finalmente, poderia garantir seus direitos.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 10290220165120023. Relator: PERTENCE, Marcelo Lamego. Data de Julgamento: 24/10/2018, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643118620/recurso-de-revista-rr-10290220165120023/inteiro-teor-643118640?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25 de maio de 2019.

E são nessas circunstâncias que se fortalecem os diversos Sindicatos presentes no país, que possuem como finalidade principal proteger os trabalhadores contra o poder abusivo praticado pelos seus empregadores, assim como garantir os anseios dessa classe.

Com a evolução anteriormente relatada, o Brasil viu um número cada vez maior de ações judiciais de cunho trabalhista, surgindo então a necessidade de criação de uma Justiça especializada no julgamento de tais conflitos. Porém, surge o seguinte questionamento: seria a Justiça do Trabalho competente para julgar as ações de indenização por danos extrapatrimoniais?

2.2 DA COMPETÊNCIA

A Justiça do Trabalho foi criada com o objetivo de apreciar as lides decorrentes das relações de trabalho. Porém, de início, tal justiça somente detinha competência para apreciar dissídios provenientes de relações de emprego.

Tal competência somente foi ampliada, de forma expressa e literal, através da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual modificou a redação do artigo 114 da Constituição Federal. Nesse ponto, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para julgar qualquer ação que tenha origem nas relações de trabalho em geral, inclusive aquelas reclamações trabalhistas que pleiteassem indenização por danos morais.

É, inclusive, o que se denota do artigo 114, VI, da Lei Maior:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
(...)

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;”

O dano extrapatrimonial, até a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, era regulamentado tão somente pelo Direito Civil.

Diante disso, havia controvérsias sobre quem seria competente juridicamente para o julgamento de ações de indenização por dano moral decorrentes das relações de emprego – a Justiça Comum ou a Justiça do Trabalho. A Emenda Constitucional n. 45/2004 sanou quaisquer dúvidas nesse tocante.

Não suficiente, em 11 de dezembro de 2009 foi publicada a Súmula Vinculante n. 22 do Supremo Tribunal Federal⁴⁹, a qual esclarece ainda ser a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar as ações de indenizações por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho.

Por fim, a Súmula 392 do Tribunal Superior do Trabalho⁵⁰ também se mostra nesse mesmo sentido, esclarecendo que as ações de indenização por danos morais propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador ofendido também são de competência da Justiça do Trabalho.

Evidente, portanto, que a Emenda Constitucional n. 45/2004, bem como as Súmulas anteriormente citadas sanaram quaisquer dúvidas acerca da competência da Justiça Trabalhista para julgar as ações de indenização por dano extrapatrimonial decorrentes das relações de trabalho. Em outras palavras, mostra-se indene de dúvidas que esse tema já se encontra pacificado no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO COMUM AO DIREITO DO TRABALHO

Conforme já abordado no tópico anterior, antes da entrega em vigor da Lei 13.467/2017, o dano extrapatrimonial era regulado tão somente pelo Direito Civil.

A existência de lacunas no ordenamento jurídico é algo comum, eis que o legislador é falho como qualquer outro ser humano, não tendo capacidade de prever todas as situações jurídicas que porventura possam vir a ocorrer. E, nesse sentido, esclarece Russomano⁵¹:

“Se o direito não tem lacunas, a lei as possui, porque é o produto da inteligência do homem, logo, falível e incompleta. Sendo ela uma

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 22: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1259>>. Acesso em 26 de maio de 2019.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 392: “Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.”. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-392>. Acesso em 26 de maio de 2019.

⁵¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 8ª ed. vol. 1. Rio de Janeiro: J. KONFINO, 1973, p. 55.

norma abstrata para aplicação a fatos concretos, não é possível que o legislador tenha o dom de prever, sem falhas, todas as formas que os fatos assumem.”

Porém, tais lacunas não poderiam impedir que o intérprete analisasse o dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho. E é nesse contexto que visualizamos a importância do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual prevê a possibilidade de aplicação subsidiária do Direito Comum ao Direito do Trabalho, desde que seja compatível com os princípios norteadores do Direito Trabalhista. Confira-se:

“Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Imperioso observar que a Lei 13.437/2017, apesar de modificar a redação do artigo supracitado⁵², em nada interferiu na sua interpretação, pois, apesar de retirar a menção à necessidade de compatibilidade entre os institutos, é certo que tal requisito ainda permanece sendo aplicado, até mesmo porque ainda se encontra presente no artigo 769 da CLT⁵³.

Em síntese, a utilização de analogias, aplicação de jurisprudência e do Direito Comum mostram-se serem medidas válidas, a fim de garantir a completa prestação jurisdicional àquele que necessita do Judiciário para garantir seus direitos.

⁵² A Lei 13.467/2017 modificou a redação do parágrafo 1º, do artigo 8º da CLT, retirando sua segunda parte. Além disso, criou dois novos parágrafos, o segundo definindo que Súmulas e outros enunciados de jurisprudência provenientes dos TRT's e do TST não poderão ir contra direitos legalmente previstos ou criar obrigações não prevista em lei; o terceiro determinando que a Justiça do Trabalho analisará apenas a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico presentes nos acordos e convenções coletivas, respeitando o princípio da intervenção mínima.

⁵³ Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 769. “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”.

2.4 DAS NOVAS DISPOSIÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.467/2017 NO QUE TANGE AO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Em 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a Lei 13.467/2017, a denominada “Reforma Trabalhista”, a qual alterou, de forma substancial, diversos artigos presentes na CLT, além de incluir novas disposições. E, entre essas novas disposições, se encontram os artigos 223-A e seguintes⁵⁴, os quais passam a regular o dano extrapatrimonial no âmbito do Direito do Trabalho.

Denota-se que, a partir da entrada em vigor da Lei 13.437/2017, quando se trata de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho, o Direito Comum deixa de ser aplicado no âmbito do Direito do Trabalho, eis que o novo artigo 223-A da CLT determina, de forma expressa, que “apenas” serão aplicados os novos dispositivos.

O artigo 223-B da CLT passa a limitar o direito de reparação somente ao ofendido. Assim, seus sucessores e dependentes não mais podem pleitear a indenização.

Já os artigos 223-C e 223-D da CLT passam a estabelecer, de forma taxativa, quais são os bens juridicamente tutelados por esse instituto, tanto para pessoas físicas, quanto para pessoas jurídicas. Observe-se que diversos direitos de personalidade não

⁵⁴ Consolidação das Leis do Trabalho. “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. § 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial. § 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. § 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”.

foram elencados nos referidos dispositivos, permanecendo, portanto, desprotegidos juridicamente.

O artigo 223-E da CLT determina quem são os responsáveis pelo dano extrapatrimonial, definindo ainda a possibilidade de responsabilidade solidária e subsidiária, de forma que aqueles que lesaram outrem sejam condenados a indenizá-lo de forma equitativa e proporcional. Imperioso salientar a responsabilidade objetiva não foi contemplada pela novel legislação.

O artigo 223-F e seus parágrafos definem a possibilidade de cumulação entre dos danos materiais e extrapatrimoniais, estando, portanto, em concordância com a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça⁵⁵, a qual determina que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”.

O artigo 223-G, por sua vez, elenca diversos critérios a serem considerados pelo juiz no arbitramento da indenização. Seu parágrafo 1º, inclusive, determina a adoção do sistema tarifário pela CLT, quantificando o valor reparatório a depender da gravidade da ofensa, definida como leve, média, grave ou gravíssima.

Outro ponto importante a ser observado é que a quantificação da indenização terá como base de cálculo o último salário contratual do ofendido.

Por fim, seus parágrafos segundo e terceiro determinam a aplicação do salário contratual do ofensor como base de cálculo, para os casos de dano extrapatrimonial conta pessoa jurídica, e permitem a elevação da indenização até o dobro no caso de reincidência, respectivamente.

Percebem-se as inúmeras incongruências e controvérsias presentes nos artigos 223-A e seguintes, da CLT, o que ainda gera diversos questionamentos, principalmente acerca da constitucionalidade desses dispositivos.

E, diante da importância de uma análise crítica acerca da (in)constitucionalidade da Reforma Trabalhista no tocante ao dano extrapatrimonial, essa será realizada minuciosamente no próximo capítulo.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2737%27>. Acesso em 26 de maio de 2019.

2.5 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DOS ARTIGOS 223-A A 223-G, DA CLT – ESTUDO DE CASO

Ainda que questionada pelos juristas, é certo que a Lei 13.467/2017 se encontra em vigor, devendo, portanto, ser aplicada pelos Juízes do Trabalho. Sendo assim, para aquelas ações distribuídas após 11 de novembro de 2017, devem ser observados pelos magistrados os novos ditames da Reforma Trabalhista, de forma a respeitar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito.

Para melhor visualizar como estão sendo aplicadas as novas disposições acerca do dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho, passar-se-á a um estudo de caso.

Trata-se de uma reclamação trabalhista proposta por Edwin Luisi Galvão Sant’Ana contra a empresa Atimaky Esquadrias Metálicas Ltda., distribuída em 26/04/2018 para a 1ª Vara do Trabalho de Taubaté, sob o número 0010451-88.2018.5.15.0009⁵⁶.

O reclamante pleiteia a indenização por dano moral sob o argumento de que a reclamada não fornecia condições dignas para o trabalho, especialmente em relação ao refeitório, com condições precárias de higiene, tendo, inclusive, risco de contaminação dos alimentos por animais.

Em sua petição inicial, o obreiro relata que:

“O local de refeição coincidia com o local onde ficavam os cachorros da empresa. Não havia forro no teto, nem nas laterais, o que fazia com que dezenas de pombos fizessem seus ninhos no local e importunassem de forma insuportável a todos que se alimentavam. Acontecia de o autor ou outro funcionário levantar-se para pegar água e algum cachorro ir no local onde estava seu prato e comer sua comida ou simplesmente lambê-la. Igualmente, ocorria de fezes de pombo caírem dentro do prato dos funcionários, por conta da presença desses animais em todo o telhado do local.”

⁵⁶ BRASIL. 1ª Vara do Trabalho de Taubaté. Ação Trabalhista n. 00104518820185150009. Juíza: COSTA, Francina Nunes da. Data de Julgamento: 05/04/2019, Data de Publicação: DEJT 10/04/2019. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1956823&p_grau_pje=1&p_seq=0010451&p_dig_cnj=88&p_ano_cnj=2018&p_vara=0009&cid=6988>. Acesso em 28 de maio de 2019.

O reclamante alega que tais condições feririam o Princípio da Dignidade Humana, previsto no artigo 1º, III, da Lei Maior e, diante do dano moral sofrido, apresenta o requerimento de indenização, com arbitramento não inferior a vinte vezes a última remuneração do obreiro.

A reclamada, em sua defesa, nega os fatos relatados na exordial, inclusive afirmando que o obreiro seria inescrupuloso e que apenas teria trazido inverdades na reclamação trabalhista. Nesse sentido, afirma que:

“o local alegado não existe, sabe que sempre existiu refeitório decente e limpo sem a presença de animais e pombos, pois como já mencionado, o local é totalmente protegido e limpo, haja vista que há equipes de funcionários contratados para cuidar da limpeza e higiene da empresa em todos os seus setores e inclusive dos refeitórios. Portanto, as alegações de que o obreiro fazia suas refeições em local inadequado e com cachorro e pombos é fantasiosa, inverídica e maldosa, sendo seu único e exclusivo objetivo auferir alguma vantagem da Reclamada, pois os pedidos em sua exordial sem nexo algum, comprova as suas verdadeiras intenções (...).”

Para comprovar suas alegações, a reclamada ainda anexa aos autos diversas fotografias de seu refeitório, apresentando local supostamente salubre, com telas ao redor do telhado e funcionários realizando suas refeições com tranquilidade.

No dia 29 de janeiro de 2019, foi realizada audiência de instrução, sob a direção da Exma. Juíza Francina Nunes da Costa. Encontravam-se presentes o reclamante e seu advogado; o preposto da reclamada, também com seu advogado; e uma testemunha levada pelo autor da ação.

De início, a Exma. Juíza do Trabalho recebeu a defesa com documentos e concedeu a fala ao reclamante para que se manifestasse sobre esses. Posteriormente, iniciou-se a colheita dos depoimentos das partes e da testemunha.

Acerca do pleito de indenização por dano moral, vale destacar que o reclamante, em seu depoimento pessoal, afirma que as fotografias juntadas pela reclamada não corresponderiam ao local em que o autor fazia suas refeições, já que o local teria sido reformado. Em seguida, apresentou outras fotos dos locais em que aconteciam suas refeições. Imperioso relatar que as fotografias apresentadas pelo trabalhador demonstram, de fato, a insalubridade dos refeitórios a sua época, com penas e fezes de pássaros por todos os lados, inclusive em cima das mesas.

Nesse passo, a magistrada abriu prazo para a juntada das fotografias apresentadas pelo obreiro, bem como para a manifestação da empresa. E, dando

prosseguimento à audiência, foi colhido o depoimento do preposto da reclamada, o qual, inquirido acerca das fotografias apresentadas pelo reclamante, afirma que:

“não se trata do mesmo local; inquirida novamente, após o Juízo constatar que a estrutura do local corresponde à mesma existente e comprovadas através da foto ID 0b55784 – Pág. 1 a ID 3a8cd75 - Pág. 1, inclusive com o mesmo mobiliário, a depoente declara que os próprios trabalhadores podem ter mascarado o local a fim de pleitear direitos.”

Por fim, a testemunha do reclamante, que também trabalhou na reclamada, inclusive tendo laborado com o reclamante por cerca de dois meses, afirma que as fotografias do refeitório juntadas pela reclamada tratam do local após a reforma, principalmente, a colocação de tela e alteração do telhado. Enquanto isso, as fotografias apresentadas pelo reclamante tratam do local antes da reforma. Afirma ainda que tanto ele quanto o reclamante teriam laborado na empresa antes da reforma do refeitório.

Tendo sido declarado pelas partes a ausência de pretensão de produção de outras provas em audiência, a Juíza deferiu o encerramento da instrução processual.

A Exma. Juíza do Trabalho Francina Nunes da Costa, em relação ao pleito de indenização por danos morais, inicia sua reflexão determinando quando seria o dano moral passível de reparação, bem como aborda a questão do ônus da prova, incumbido ao reclamante. Veja-se:

“A responsabilidade civil pelos danos morais sofridos ocorre quando há violação de interesses não patrimoniais de pessoas físicas ou jurídicas, provocadas pelo fato lesivo imputado ao agressor. Esses interesses integram os direitos do espírito humano e os valores que compõem a personalidade do homem, pertinentes à vida, à integridade física, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem e à moral.

A sua afetação, porém, não pode ser daqueles que provocam apenas desconforto, sendo facilmente absorvido pelo homem comum, mas deve ser tal que resulte em sofrimento de grande intensidade, causando tormentosa dor na vítima. Nesse sentido, considerando as regras de distribuição do ônus da prova, insculpidas nos artigos 373, I, do CPC e 818 da CLT, ao reclamante incumbe o encargo de comprovar as ofensas à sua honra e demais direitos da personalidade, por se tratar de fato constitutivo do seu direito.”

E, seguindo esse raciocínio, a magistrada passa a analisar as provas presentes nos autos, concluindo restar comprovado que a ausência de local adequado para as refeições teria causado dor e sofrimento ao obreiro, passível de reparação. Nesse sentido:

“No caso dos autos, apesar de a reclamada ter apresentado registros fotográficos do local em que eram realizadas refeições, as demais provas produzidas evidenciam que não correspondiam à realidade vivenciada pelo reclamante. Com efeito, os documentos juntados com a reclamada não apresentam qualquer indicativo de que se relacionam com o período de trabalho do reclamante, mormente considerado o lapso do tempo decorrido entre a extinção contratual (maio de 2016) e o ajuizamento da demanda (abril de 2018).

Ademais, a testemunha José da Silva Barbosa Júnior, única inquirida nos autos e por indicação do reclamante, declarou: *‘que, apresentadas as fotos juntadas pela reclamada, o depoente afirma que o local foi reformado, em especial, com colocação de tela e alteração no telhado; que apresentadas as 22 fotos exibidas pelo reclamante em depoimento, a testemunha afirma que elas retratam o refeitório antes da reforma; que o reclamante e o depoente trabalharam na empresa antes da reforma do refeitório’*.

Assim, ainda que os registros apresentados pelo reclamante em audiência não tenham sido juntados no momento processual adequado, há indícios nos autos que corroboram a sua veracidade. Nesse sentido, instada a se manifestar sobre as precárias condições apresentadas pelo reclamante, em depoimento, a reclamada informou apenas que *‘os próprios trabalhadores podem ter mascarado o local a fim de pleitear direitos’*.

Entretanto, a alegação apresentada não é crível e foge ao bom senso, já que não é possível a preparação do local como indicado nos registros fotográficos. Ao contrário, estes representam grande sujeira do estabelecimento, com fezes de aves silvestres por todo o local, inclusive na mesma em que eram realizadas as refeições. Não é possível estabelecer que os próprios empregados tenham colocado os excrementos e os próprios animais justamente para preparar provas a uma possível e futura demanda judicial.

Dessa forma, entendo que os fatos comprovados (ausência de instalações sanitárias e local para as refeições), sem dúvida, causaram ao reclamante sofrimento e dor, violando direitos inerentes a sua personalidade, provocando-lhe também dano moral, que, a toda evidência, diante do preenchimento dos requisitos legais já apreciados, deve ser ressarcido pela reclamada.”

Nesse passo, a Juíza do Trabalho passa então a analisar a quantificação do dano moral constatado, à luz dos artigos 223-A a 223-G, inseridos na CLT por força da Lei 13.467/2017.

Especificamente em relação ao artigo 223-G, §1º, da CLT, a magistrada considera que a tarifação do dano moral ofende preceitos constitucionais, afastando, portanto, sua aplicabilidade, “em razão da afronta aos artigos 5º, caput, V e X, da CF, bem como o artigo 1º, III, da CF”.

Por fim, a Juíza, de forma inteligente e inovadora, passa a analisar os critérios elencados no artigo 223-G da CLT, criando uma espécie de divisor a ser multiplicado ao

último salário do ofendido (previsto no TRCT), determinando, assim, um valor pecuniário a ser ressarcido ao trabalhador. Confira-se:

“Por fim, com base nos critérios elencados no artigo 223-G da CLT e nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, passo à análise do caso concreto.

A reclamada agrediu a integridade moral do reclamante, violando os seus direitos fundamentais. Assim, fixo a indenização-base no valor do último salário do autor, que corresponde ao valor de R\$ 2.127,40 (conforme TRCT de id 1ce55b7 – Pág. 1). Após, faço submissão final ao princípio da razoabilidade para adequação às finalidades punitivas e pedagógica, consoante às possibilidades dos ofensores. Considero os parâmetros, seguindo ensinamento do Desembargador Alexandre Agra Belmonte, os quais incidirão sobre o valor base de forma sucessiva:

- a) a natureza ou relevância do bem jurídico atingido (pequena, média e alta: X 1, X 1,5 e X 2) – **considero o fator 1** (foi atingida a esfera moral do reclamante, em relação aos seus direitos de boas condições de trabalho, considerado de valor pequeno para seu bem-estar físico e psíquico) – R\$ 2.127,40;
 - b) o grau de culpa em relação ao dano (parágrafo único do art. 945, do CC) – (leve, média e grave: X 1, X 1,5 e X 2) – **considero culpa grave 2** – a reclamada é diretamente responsável pelo fato – R\$ 4.254,80;
 - c) a concorrência de culpa (art. 945, do CC) (:1) – **não houve concorrência da vítima** – R\$ 4.254,80;
 - d) a dor presumida da vítima (intensidade do grau de sofrimento, privação ou humilhação) (pequena, média e alta: X 1, X 1,5 e X 2) – **considero fator 1,5** – ofensas de grau médio à integridade moral, por não possuir instalação de refeitório e sanitária às necessidades fisiológicas – R\$ 6.382,20;
 - e) a repercussão do ato violador (restrita e ampla: X 1 e X 2) – **considero o fator 1** – a violação não repercutiu efeitos para fora do contrato de trabalho – R\$ 6.382,20;
 - f) a extensão e duração das consequências da ofensa (permanência ou temporariedade do dano – possibilidade de superação física ou psicológica da ofensa) (passageira e duradoura: X 1 e X 2) – **considero o fator 1** – sofrimento passageiro – R\$ 6.382,20;
 - g) condições econômicas do ofensor (x 1, x 1,5, x 2, : 1,5, :2, :3) – **considero fator 1,5** – empresa de médio porte – R\$ 9.573,30;
- Julgo procedente o pedido de indenização por danos morais no valor de R\$ 9.573,30.”

Como pode ser observado através do estudo de caso realizado, a presença de dúvidas e controvérsias acerca da constitucionalidade dos artigos introduzidos pela Lei 13.467/2017, no que concerne ao dano extrapatrimonial, é constante.

Os Juízes do Trabalho estão se adaptando à nova legislação, sendo ainda possível a existência de diversas formas de solução da lide relativa ao dano moral. Demorará algum tempo para que o Poder Judiciário entre em consenso sobre a forma de apuração desse tipo de dano nas relações de trabalho.

3 DA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES PROVENIENTES DA LEI 13.467/2017 EM RELAÇÃO AO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Ficam evidentes, através desse estudo, as inúmeras inconstitucionalidades do Título II-A, relativo ao dano extrapatrimonial, presente na Lei 13.467/2017, a qual inseriu os artigos 223-A a 223-G na CLT.

O presente capítulo tem como intuito a análise dos artigos supracitados à luz da Constituição Federal, capturando, essencialmente, a contrariedade de tais dispositivos à Carta Magna. E, por fim, será realizada análise acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5870, ainda pendente de julgamento pelo E. STF.

3.1 ANÁLISE DOS ARTIGOS INSERIDOS PELA LEI 13.467/2017 COM BASE NA CF/88

Conforme descrito no item 3.4 desse estudo, a Lei 13.467/2017 criou novas disposições a fim de regular o dano extrapatrimonial nas relações de trabalho. Foram apontadas, naquele momento, as diversas controvérsias acerca do determinado pelos artigos 223-A a 223-G da CLT.

Agora passaremos a uma análise da inconstitucionalidade dessas principais controvérsias, sendo essas: a aplicação exclusiva, a taxatividade, a cumulação de indenizações e a tarifação.

3.1.1 Da aplicação exclusiva

Conforme já abordado em tópico anterior, o artigo 223-A da CLT, se analisado de forma literal, acaba por afastar a aplicação de quaisquer outros diplomas que regulem os danos extrapatrimoniais, quando decorrentes das relações de trabalho.

Essa aplicação exclusiva dos ditames celetistas, introduzidos pela Lei 13.467/2017, reduziria o âmbito de proteção do trabalhador, tendo em vista que os artigos 223-A a 223-G não conseguem regular todas as situações ligadas ao tema.

O legislador pretendeu, com a redação do artigo 223-A, restringir o dano extrapatrimonial nas relações de trabalho a um universo jurídico separado, acabando por

deixar que uma Lei Ordinária seja considerada superior à Constituição Federal e tratados internacionais. Ferreira Brito⁵⁷ explica:

“Tentou o legislador elevar o novo diploma legal a um patamar normativo supra hierárquico e exclusivo; isto é, estaria acima da Constituição da República, dos tratados internacionais e não se comunicaria com outras leis de mesma natureza hierárquica, como o Código Civil.”

Colocar a CLT como uma norma única e exclusiva, sem levar em conta a necessidade de adequação ao disposto na Carta Magna é certamente inconstitucional. E, nesse sentido, Dallegrave Neto⁵⁸ assevera que:

“Não cabe ao legislador ordinário alijar expressamente o alcance de outras normas, sobretudo as normas constitucionais ligadas ao tema. O sistema jurídico contém regras próprias de integração, revogação e harmonização. Uma delas é justamente a submissão das leis ordinárias à Lei Maior. Não existe microssistema jurídico (CLT, CDC, CC, CPC) divorciado do sistema constitucional. Vale dizer, assim como o sistema solar tem o sol em seu centro, cujas luzes alumiam os demais planetas, o sistema jurídico tem a Constituição Federal em seu centro, iluminando e influenciando todos os microssistemas que orbitam em torno dela.”

Cassar e Borges⁵⁹, ao interpretarem o artigo 223-A da CLT, concluem a visível tentativa de limitar o âmbito de proteção do trabalhador. Confira-se:

“A expressão ‘apenas’ contida no caput do art. 223-A da CLT deixa clara a intenção do legislador da não aplicação de outras normas de mesma hierarquia acerca do dano extrapatrimonial trabalhista. Por esse motivo, a reparação de dano decorrente de responsabilidade objetiva, que está regulada genericamente no Código Civil, não será aplicada por alguns. Muitos defenderão que as lesões morais trabalhistas ocorridas após a vigência da Lei 13.467/2017, decorrentes de responsabilidade objetiva, não comportam reparação.”

Nesse sentido, cumpre ressaltar o quão absurdo seria desprestigiar a responsabilidade civil objetiva no âmbito trabalhista, visto que a aplicação literal do artigo 223-A da CLT, quando a essa espécie de responsabilidade, acabar por direcionar

⁵⁷ BRITO, Maurício Ferreira. *Regime de exceção do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho*. O que mudou com a reforma trabalhista, 28/03/2018, p. 3. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/regime-de-excecao-do-dano-extrapatrimonial-decorrente-da-relacao-de-trabalho-%E2%80%A6> Acesso em 02 de junho de 2019.

⁵⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. – 6. ed. – São Paulo: LTr, 2017.

⁵⁹ CASSAR, Vólia Bomfim.; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.40.

o risco da atividade ao empregado, o que não pode ser admitido, até mesmo porque quem auferir lucros pela atividade é o empregador.

Observe-se ainda a tentativa da novel legislação em limitar o âmbito de proteção dos trabalhadores, o que não pode ser permitido, eis que tal conduta viola a ampla tutela da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Silva⁶⁰, por seu turno, esclarece a impossibilidade prática dessa limitação:

“a promessa é difícilima de ser cumprida, mesmo pelos mais eufóricos defensores da reforma, haja vista a imprevisibilidade das condutas sociais, a vastidão da criatividade humana, para não dizer da perversão humana”.

Resta claro, dessa forma, que a aplicação exclusiva do Título II-A da CLT, no que concerne ao dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, é conduta que viola não somente a ideia kelsiana de adequação das normas inferiores à Constituição Federal, mas viola também o próprio conteúdo da Carta Magna, ao restringir a proteção à dignidade da pessoa humana. Fica, assim, demonstrada a evidente inconstitucionalidade desse diploma legal.

3.1.2 Da Taxatividade

Conforme já abordado em tópico anterior, os novos artigos 223-C e 223-D, ambos da CLT, apresentam um rol de bens juridicamente tutelados e, portanto, passíveis de reparação em caso de sua violação. O artigo 223-C da CLT trata dos bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física, e o artigo 223-D da CLT trata dos bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Imperioso observar que tais dispositivos não determinam se o rol ali apresentado seria taxativo ou exemplificativo, suscitando, dessa forma, diversas discussões acerca do tema.

A maioria dos doutrinadores entendem ser impossível caracterizar o rol previsto nesses artigos como exemplificativo, até mesmo porque a Lei 13.467/2017

⁶⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 39.

deixa de elencar diversos direitos de personalidade previstos inclusive na Constituição Federal. Nesse sentido, Delgado⁶¹ explica:

“Mas, obviamente, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica da regra examinada deixa claro que se trata de elenco meramente exemplificativo. Afinal, a Constituição da República combate ‘quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV, in fine, CF), ao invés de apenas aquelas escolhidas pela Lei da Reforma Trabalhista. Ademais, o rol incluído no art. 223-C deixa de fora alguns aspectos acentuados pelo próprio art. 3º, IV, da Constituição da República (etnia, cor, origem, idade, por exemplo), além de se omitir sobre outros listados pelo art. 1º, caput, da Lei n. 9.029/1995, em sua redação conferida pela Lei n. 13.146/2015 (por exemplo, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, etc.).”

Ainda nesse sentido, Cassar e Borges⁶² lecionam que, ainda que a vontade do legislador fosse estabelecer um rol taxativo, tal entendimento não poderia prevalecer. Cita como exemplo o direito à privacidade, previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, e “esquecido” pela Lei 13.467/2017. Não poderia a lei infraconstitucional “CLT” limitar a aplicação de um direito protegido constitucionalmente.

Mais uma vez, o legislador pretendeu limitar a incidência do dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho, deixando de elencar diversos direitos da personalidade protegidos constitucionalmente, em flagrante inconstitucionalidade.

Conforme explica Dallegrave Neto⁶³:

“Nessa esteira, impende lembrar o alcance do art. 5º, incisos V e X, e § 2º, da Constituição Federal, os quais asseguram a todos indenização por dano moral, com resposta proporcional ao agravo, sendo inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sem excluir outros direitos e garantias decorrentes dos princípios adotados pela Constituição. Ora, um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e a máxima efetivação dos direitos fundamentais. Com base nesse quadro constitucional a indenização será sempre medida ‘pela extensão do dano’ (conforme reforçou o caput do art. 944 do Código Civil). Não se ignore que todo direito infraconstitucional, CLT inclusive, submete-se a essas diretivas proeminentes que conferem eficácia ao sistema jurídico.”

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017*. – São Paulo: LTr, 2017, p. 146

⁶² CASSAR, Vólia Bomfim.; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.41.

⁶³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. – 6. ed. – São Paulo: LTr, 2017, p. 194.

Diante do exposto, resta claro que o magistrado deverá interpretar os artigos 223-C e 223-D como um rol exemplificativo, de forma a não deixar que outros direitos da personalidade, tão importantes quanto os elencados pela Lei 13.467/2017, sejam deixados sem qualquer respaldo jurídico no âmbito trabalhista.

E, caso tais artigos sejam interpretados de forma taxativa, deve-se observar sua inconstitucionalidade, tendo em vista que uma norma infraconstitucional não poderia restringir direitos constitucionalmente previstos, sob pena de violação ao princípio guia dos demais direitos fundamentais – a dignidade da pessoa humana.

3.1.3 Da limitação dos titulares do direito à reparação

Mais uma vez, a Lei 13.467/2017 foi infeliz em sua redação. O novo artigo 223-B da CLT afirma que as pretensões acerca do dano extrapatrimonial são de titularidade exclusiva da pessoa física ou jurídica ofendida.

Delgado⁶⁴ afirma que, diante da diversidade de situações sociojurídicas existentes no mundo do trabalho, a redação do artigo 223-B da CLT acaba por limitar os titulares do direito à reparação. Cita como exemplo os casos em que são consideradas titulares aquelas pessoas físicas ligadas afetiva, econômica e/ou juridicamente à pessoa humana afrontada, como no caso de morte do trabalhador.

Desse modo, a delimitação prevista nesse dispositivo ofende o chamado dano ricochete, definido Pelo Desembargador Relator Sebastião Geraldo de Oliveira, no julgamento do processo número 01019-2007-042-03-00-3, como

“aquele que, sem decorrer direta e imediatamente de certo fato danoso, com este guarda um vínculo de necessidade, de modo a manter o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o prejuízo. Ainda que sejam distintos os direitos da vítima imediata e da vítima mediata, a causa indireta do prejuízo está intensamente associada à causa direta, tornando perfeitamente a pretensão indenizatória”.⁶⁵

⁶⁴ DELGADO. Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017*. – São Paulo: LTr, 2017, p. 146.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 01019200704203003. Relator: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Data de Julgamento: 21/07/2009, Data de Publicação: DEJT 29/07/2009. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em 02 de junho de 2019.

A reparação de lesão ocasionada a terceiros é prevista no artigo 12 do Código Civil⁶⁶ e, de forma indireta, no artigo 5º, V e X, da Carta Magna. Já no âmbito trabalhista, o TST, editou a Súmula 392⁶⁷, consolidando o entendimento de que os dependentes e sucessores do ofendido são titulares do direito de reparação por dano moral.

Não suficiente, Cassar e Borges⁶⁸ afirmam que o artigo 223-B, aparentemente, excluiu também “a coletividade como sujeito de direito, pois afirmou que ‘são as titulares exclusivas do direito à reparação...’ a pessoa física ou jurídica vitimada. Logo, eliminou a possibilidade de reparação do dano coletivo.”.

A novel legislação, mais uma vez, limita a proteção do trabalhador e seus dependentes, em flagrante afronta aos artigos 5º e 7º da Constituição Federal, além de, mais uma vez, infringir o princípio da dignidade humana (previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal), o que não pode ser admitido.

3.1.4 Da cumulação de indenizações

É sabido que um mesmo ato ilícito pode ocasionar mais de um dano, ainda que na esfera extrapatrimonial. E, até o advento da Lei 13.467/2017, a vítima poderia pleitear, no âmbito trabalhista, o direito à indenização por cada um destes danos, de forma isolada.

O artigo 223-G, §1º, da CLT, apresenta um retrocesso na legislação trabalhista ao vedar a cumulação de indenizações por dano moral. Esse é o entendimento de diversos doutrinadores, entre eles Delgado⁶⁹, ao lecionar que:

“O novo Título II-A da CLT tenta descaracterizar esse avanço cultural e jurídico, por meio de nítida equalização de situações e conceitos jurídicos distintos. Segundo a nova Lei, não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tornam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos

⁶⁶ Código Civil de 2002. Art. 12. “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”.

⁶⁷ Ver nota de rodapé 50.

⁶⁸ CASSAR, Vólia Bomfim.; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 40.

⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.13.47/2017*. – São Paulo: LTr, 2017, p. 145.

da força constitucional inspiradora deflagrada e, 1988 em benefício da pessoa humana.”

Cassar e Borges⁷⁰ explicitam o quão absurda seria a proibição de não acumulação de danos extrapatrimoniais decorrentes do mesmo fato lesivo através de exemplo prático:

“Em outras palavras, se o empregado sofre a dor do acidente de trabalho que levou à amputação de sua perna (dor e estética), ambos por culpa do patrão, só poderá pedir a indenização pela violação de um desses bens não materiais. Essa determinação é injusta, seja porque contraria regras da reparação civil (se para todo dano causado por outrem que age de forma ilícita), seja porque enseja o enriquecimento sem causa e também não inibe o agressor a não reincidir na prática.”

Observe-se que o disposto no artigo 223-G, §1º, da CLT, ao vedar a acumulação de indenizações por dano extrapatrimonial decorrentes do mesmo fato, infringe todos os pressupostos da responsabilidade civil, estudados no primeiro capítulo, pois é premissa básica desse instituto o de que deverá ser reparado todo dano causado a outrem, e não somente parte deles como tenta fazer a novel legislação trabalhista.

Não suficiente, o novo dispositivo celetista viola também o disposto no artigo 5º, V, da Constituição Federal, que assegura o direito de indenização por dano moral de forma proporcional ao agravo, ou seja, relativa a todos os danos ocasionados. Inclusive, em sentido diametralmente oposto ao exposto no artigo 223-G da CLT, se encontra a Súmula 397 do STJ⁷¹, a qual determina ser lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Resta clara, portanto, a inconstitucionalidade do artigo 223-G, introduzido na CLT pela Lei 13.467/2017, diante de sua afronta direta ao que dispõe o artigo 5º, V, da Lei Maior e, novamente, reduzindo a proteção à dignidade da pessoa humana.

⁷⁰ CASSAR, Vólia Bomfim.; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 41.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 397. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2019

3.1.5 Da tariffação

O artigo 223-G, introduzido à CLT através da Lei 13.467/2017, é, sem qualquer sombra de dúvidas, o artigo mais criticado pelos doutrinadores e magistrados, pelos motivos que serão adiante explicitados.

A responsabilidade civil, em quaisquer de seus ramos, sempre procurou buscar a efetiva reparação da vítima, bem como punir e educar o ofensor, de forma que a situação ocorrida não mais se repita. E é exatamente por tais motivos que a legislação brasileira sempre estabeleceu um sistema aberto, deixando que o julgador, ao analisar o fato concreto, estipule indenização de valor justo e razoável.

A Lei 13.467/2017 quebra esse sistema aberto, ao introduzir na legislação trabalhista um sistema de tariffação dos danos extrapatrimoniais decorrente das relações trabalhistas, quantificando esse dano através da constatação dos requisitos previstos nos doze incisos do artigo 223-G, da CLT, determinando graus de ofensa e limitando-as a valores definidos de acordo com o salário contratual do ofendido ou ofensor.

O artigo 223-G permitirá a existência de resultados absurdos, caso interpretado de forma literal. Delgado⁷² cita em sua obra algumas dessas disparidades:

“a) admitir que a ordem jurídica diferencie as afrontas morais em função da renda das pessoas envolvidas (art. 223-G, §1º, I, II, III e IV); b) admitir que a indenização devida por uma pessoa humana a uma empresa (e vice-versa) se mede pelos mesmos parâmetros monetários do cálculo de uma indenização devida por uma empresa (independentemente de ser líder mundial ou continental de mercado, ou não) a uma pessoa humana (art. 223-G, §2º); c) admitir que a reincidência cometida por certa empresa (que é um ser coletivo, relembre-se) somente se computa se for perpetrada contra a mesma pessoa física (§3º do art. 223-G).”

Imperioso observar que a tariffação do dano extrapatrimonial, tal como pretende o artigo 223-G da CLT, é disposição que vai contra o artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. Tal dispositivo constitucional prevê que o dano deverá ser reparado proporcionalmente, na medida de sua extensão.

Não suficiente, a quantificação limitada do dano extrapatrimonial, a depender da natureza da ofensa, tal como prevê o artigo 223-G, §1º, I a IV, da CLT, fere diretamente o principal bem tutelado na reparação civil por dano extrapatrimonial – a dignidade da pessoa humana, protegida pelo artigo 1º, III, da Carta Magna.

⁷² DELGADO, Maurício Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.13.47/2017*. – São Paulo: LTr, 2017, p. 147.

Santos⁷³ afirma que a dignidade humana não pode ser considerada como mensurável, pois “possui um valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuições que cada um exerce no dia a dia, seja na vida profissional ou privada, daí a imponderabilidade de se usar idênticos parâmetros para todos os indivíduos.”.

A determinação de que a reparação do dano seja calculada de acordo com o último salário contratual do ofendido fere ainda o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Não seria justo que um CEO de uma grande empresa, com remuneração elevada, tenha indenização muito superior a um operário de uma fábrica. Questiona-se: a dignidade do diretor é superior à do operário?

Nesse sentido, Silva explicita que:

“houve crítica severa ao governo federal, por haver utilizado o salário-contratual do empregado como base de cálculo para a indenização, pois esse padrão, por qualquer ângulo que se observe, faz com que a dor do pobre seja menor do que a dor do rico, independentemente da lesão; essa crítica é irresponsável;”.

Por fim, o §3º do artigo 223-G da CLT, ao determinar que, para a elevação da indenização, a reincidência deve ocorrer entre partes idênticas, acaba por descaracterização o caráter educativo e preventivo da reparação por danos morais. Ao contrário, ao dificultar a elevação da indenização, o novo dispositivo cria certa tolerância à prática do ato ilícito, aumentando sua incidência.

Cumprido salientar que a tarifação do dano extrapatrimonial já foi pauta na legislação brasileira, através da Lei 5.250/1967, denominada Lei de Imprensa, porém, não obteve sucesso, eis que sua imposição foi prontamente afastada através da Súmula 281, editada pelo STJ⁷⁴ em 2004, a qual determina que “a indenização moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Saliente-se que em 2009 foi julgada a ADPF n. 130/2009, que declarou a não recepção da Lei de Imprensa, diante de sua afronta ao artigo 5º, V e X, da CF/88.

⁷³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista*. Disponível em: genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/. Acesso em 03/06/2019.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Súmula 281: “A indenização moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_sumulas-2011_21_capSumula281.pdf. Acesso em 03 de junho de 2019.

Assim, evidencia-se ainda mais a inconstitucionalidade da tarifação pretendida pela Reforma Trabalhista.

Dessa forma, é incontroversa a inconstitucionalidade do artigo 223-G da CLT, diante da afronta direta e literal aos princípios da Isonomia e da Dignidade Humana, tutelados constitucionalmente. E, enquanto não for determinada a nulidade do referido dispositivo, espera-se que os Julgadores não se atenham a interpretação literal do artigo 223-G da CLT, mas realizem adequações interpretativas, propiciadas pelas técnicas científicas da Hermenêutica Jurídica.

3.2 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5870

Conforme se pode observar através deste estudo, a inconstitucionalidade dos novos regramentos acerca do dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho é nítida. Tão nítida que levou a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com pedido de medida cautela, de número 5.870, foi proposta pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) questionando a redação do artigo 223-G, §1º, I a IV, incluídos na CLT pela Lei 13.467/2017. Para a ANAMATRA, a limitação da fixação de valores de indenização prevista em tais incisos é medida inconstitucional, pois priva o Judiciário de seu poder discricionário, limitando o exercício da Jurisdição. Defende que “a restrição ao ofício judicante viola a independência dos juízes para julgar as causas e aplicar a lei de acordo com o texto constitucional e com suas convicções”.

A Associação argumenta que o novo regramento, ao definir valor de indenização a partir do salário contratual do ofendido, fere o princípio constitucional da isonomia e o disposto no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que garante ao trabalhador indenização ampla do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho.

A ANAMATRA, inclusive, suscita como precedente jurisprudencial a ADPF n. 130/2009, estudada no tópico anterior, sob o argumento de que “se a tarifação da indenização por dano moral decorrente de ofensa à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas é inconstitucional, a tarifação da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho, também se mostra inconstitucional”.

Na ação, a entidade pretende a suspensão imediata da eficácia da tarifação, prevista nos incisos I, II, III e IV do §1º, do artigo 223-G da CLT, diante da afronta

direta ao artigo 5º, V e X, e artigo 7º, XXVIII, da CF/88. Ou requer, ao menos, que os dispositivos sejam interpretados conforme a Constituição, a fim de que os magistrados possam estipular valores de indenização superiores aos definidos na Lei, através de decisão fundamentada.

A ADI n. 5.870 ainda se encontra pendente de julgamento, mas grande parte dos doutrinadores e magistrados acredita que o resultado será a declaração de inconstitucionalidade dos incisos I a IV do §1º, do artigo 223-G da CLT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste estudo podemos observar que a Reforma Trabalhista, sem sombra de dúvidas, foi um grande retrocesso no que se diz respeito à legislação trabalhista brasileira.

A CLT foi criada e desenvolvida com o intuito de proteger o trabalhador, parte mais vulnerável na relação de trabalho. Tal caráter paternalista se tornou ainda mais evidente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que tem como um de seus pilares a dignidade da pessoa humana.

A Lei 13.467/2017 foi criada sob o pretexto de que a suposta modernização e flexibilização das normas trabalhistas seriam necessária para a aceleração da economia o consequente aumento de empregos. Porém, o que se vê na realidade é um regramento de cunho notadamente patronal, favorecendo uma minoria empresária em detrimento de uma maioria trabalhadora. E, nesse sentido, é evidente que a Reforma Trabalhista, em especial o Título II-A da CLT, que trata dos danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho, acaba por infringir diversos princípios constitucionais,

Através do estudo comparativo entre as novas disposições trazidas pela Lei 13.467/2017, especificamente em relação ao dano extrapatrimonial, foi possível observar a inconstitucionalidade da maioria dos dispositivos previstos no Título II-A da CLT.

O artigo 223-A da CLT determina a aplicação exclusiva dos dispositivos celetistas, limitando o âmbito de proteção do trabalhador, já que diversas formas de dano extrapatrimonial não foram abordadas pela Reforma Trabalhista. Da forma como foi redigido esse dispositivo, haveria controvérsias até mesmo acerca da aplicação do disposto na Constituição Federal, o que não poderia ser admitido. Observe-se ainda que tal dispositivo vai contra até mesmo a própria CLT, que em seu artigo 8º determina a aplicação subsidiária do direito comum ao Direito do Trabalho.

O artigo 223-B da CLT limita os titulares do direito à reparação, deixando desamparados os dependentes e familiares que, de igual forma, podem sofrer indiretamente com o dano causado ao trabalhador.

Os artigos 223-C e 223-D da CLT determinam um rol taxativo de bens juridicamente tutelados, se esquecendo de que os direitos de personalidade vão muito além daqueles ali expostos, como bem comprova a Constituição Federal.

E, por último, o artigo 223-G, considerado o mais controverso do Título II-A da CLT. Tal dispositivo veda a cumulação de indenizações, limitando, uma vez mais, a proteção à dignidade do trabalhador. Apresenta ainda em seu parágrafo 1º, incisos I a IV, a tarificação do dano extrapatrimonial, que passa a ser limitada e calculada de acordo salário contratual do ofendido.

A tarificação do dano extrapatrimonial fere o disposto no artigo 5º, V e X, e no artigo 7º, XXVIII, ambos da Constituição Federal, pois determinam que a reparação deve ser proporcional ao dano causado. A limitação do valor da indenização, por vezes, fará com que o ofendido não seja adequadamente reparado.

Mas não é só. A tarificação prevista na Lei 13.467/2017 vai contra o princípio da dignidade humana e o princípio da isonomia, pois aquele com salário superior terá indenização maior que aquele com salário inferior. Questiona-se: a dignidade de um trabalhador poderia ser padronizada? A dignidade de um diretor vale mais que a de um operário?

A inconstitucionalidade do modelo de tarificação, inclusive, já foi observada através da ADPF n. 130/2009, a qual declarou a não recepção da Lei de Imprensa pela ordem constitucional. E, no mesmo sentido, agora se encontra a ADI nº. 5.870/2017, na qual a ANAMATRA sustenta os motivos pelos quais o artigo 223-G deve ser declarado inconstitucional.

Não se pode permitir que os direitos dos trabalhadores sejam reduzidos, tal como pretende a Lei 13.467/2017 em relação ao dano extrapatrimonial, restando clara, portanto, sua inconstitucionalidade.

E, nesse passo, vemos que a melhor opção para que seja assegurada a reparação integral do dano é a manutenção do sistema aberto de indenização, utilizado no direito comum e adotado pela Constituição Federal, é. O dano extrapatrimonial, muitas vezes, parte do âmago da pessoa atingida, o que torna essencial a análise do caso concreto pelo Julgador e a possibilidade de que esse possa estipular a indenização que entenda adequada.

Porém, enquanto a inconstitucionalidade dos dispositivos supracitados não é declarada, o que se espera é que os órgãos da Justiça do Trabalho apliquem as novas regras celetistas a partir de uma interpretação hermenêutica, lógica e racional, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, pilar da nossa Constituição Federal, bem como os direitos do trabalhador previstos no artigo 7º da Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, R. Z. de; BOUCINHAS FILHO, J. C. **O dano existencial e o direito do trabalho**. Revista TST, Brasília, vol. 79, abril/junho de 2013.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. **Crítérios para Fixação dos Danos Extrapatrimoniais**. Revista de Direito, Universidade Federal de Viçosa, v. 6, n. 1, p. 152, março de 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/56/23>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

BRASIL. **Código Civil de 1916, Lei n. 3.071 de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. **Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.250 de 09 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp 750.735-RJ 2005/0080712-3**. Relator: Ministro. Aldir Passarinho Júnior, Data de Julgamento: 04/06/2009, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/08/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062015/recurso-especial-resp-750735-rj-2005-0080712-3-stj/relatorio-e-voto-12199080?ref=juris-tabs>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 37**. Publicada no Diário de Justiça em 17/03/1992. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2737%27>>. Acesso em 26 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 397**. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 01/09/2009. Disponível em

<http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Súmula 281**. Publicada no Diário de Justiça em 13/05/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em 03 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 22**. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 11/12/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1259>>. Acesso em 26 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5870**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Requerente: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Distribuída em 22/12/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335465>>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Arguente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Publicado no Diário Eletrônico da Justiça em 06/11/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regras da Reforma Trabalhista sobre indenização por dano moral são questionadas no STF**. Publicado em 22/01/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=367459>>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Recurso Ordinário n. 00006122320175100103**. Relator: DAMASCENO, André Rodrigues Pereira da Veiga. Data de Julgamento: 07/03/2019, Data de Publicação: 14/03/2019. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692198457/recurso-ordinario-ro-6122320175100103-df/inteiro-teor-692198477?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 01019200704203003**. Relator: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Data de Julgamento: 21/07/2009, Data de Publicação: DEJT 29/07/2009. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em 02 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 241185720145240066**. Relator: PIMENTA, José Roberto Freire. Data de Julgamento: 14/10/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/247153079/arr-241185720145240066?ref=serp>>. Acesso em 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 10290220165120023**. Relator: PERTENCE, Marcelo Lamego. Data de Julgamento: 24/10/2018, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643118620/recurso-de-revista-rr-10290220165120023/inteiro-teor-643118640?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 392**. . Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 29/10/2015 e 03 e 04/11/2015. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-392>. Acesso em 26 de maio de 2019.

BRASIL. 1ª Vara do Trabalho de Taubaté. **Ação Trabalhista n. 00104518820185150009**. Juíza: COSTA, Francina Nunes da. Data de Julgamento: 05/04/2019, Data de Publicação: DEJT 10/04/2019. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_nu_m_pje=1956823&p_grau_pje=1&p_seq=0010451&p_dig_cnj=88&p_ano_cnj=2018&p_vara=0009&cid=6988>. Acesso em 28 de maio de 2019.

BRITO, Maurício Ferreira. **Regime de exceção do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho. O que mudou com a reforma trabalhista**, 28/03/2018, p. 3. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/pensando-direito/regime-de-excecao-do-dano-extrapatrimonial-decorrente-da-relacao-de-trabalho-%E2%80%A661/6>. Acesso em 02 de junho de 2019.

CASSAR, Volia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim.; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. Sao Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil - **Enunciado nº 445**. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. – 6. ed. – São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO. Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017**. – São Paulo: LTr, 2017.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo**, 3. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil** – volume 3: responsabilidade civil. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELO, Raimundo Simão. **Ações indenizatória na Justiça do Trabalho: Teoria e Prática**. São Paulo: LTr, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Leiliane Soares de. **O dano existencial nas relações de trabalho**. 2015. 68p. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Universidade Federal de Rondônia – Campus de Coacol, Rondônia.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REIS, S. P. **Dignidade Humana e Danos Extrapatrimoniais**. 2008. 112p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 78. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12271/12271_1.PDF>. Acesso em 20 de maio de 2019.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 4º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 8ª ed. vol. 1. Rio de Janeiro: J. KONFINO, 1973.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista**. Disponível em: genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/. Acesso em 03/06/2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. – 1. ed. –Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil** – vol. IV. 12. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.